JESUS, MARIA, JOSEPH, 6

Y EL ARCANGEL SAN MIGUEL.

INFORME

POR

THOMAS COMES, ESCRIVANO DE Camara, y Secretario de Acuerdo en esta Real Audiencia; y Doña Theresa Meseguer, Viuda, y heredera de Don Francisco Comes, Secretario que fue de su Magestad, y de el mismo Real Acuerdo.

EN EL PLEYTO

QUE HAN SUCITADO EL Dr. PEDRO JUAN Comes, Presbitero, Francisco Comes, Escrivano, y Esperanza Comes, hermanos, hijos de Miguel; pretendiendo, que el citado Don Francisco Comes, su tio, solo quedó heredero confidencial, y gravado á restituirles la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan.

En Valencia, por Antonio Bordazar, Año de 1735.

HECHO.

1 Viendo los Actores deducido en este pleito diversos injuriosos, y encontrados hechos, suplico se permita alguna digression en referirles, como lo previnieron los Santissimos Pontifices, y Augustissimos Emperadores (1), para que examinando las calidades del negocio, y circunstancias de la prueva, se averigue, y resplandezca la verdad, y se forme el juicio que merece una causa, no tanto de interès, como de honra.

(1) *Cap.*11.*causa* 30.*quæst*.5.*cap*.7. *causa* 35.*quæst*.9. ibi: *Quia veritas sæpius exagitata magis splendescit in luce, & pernicies revocata in judicium, gravius & sine pœnitentia condemnatur. Nam fructus Divinus est justitiam sæpius recenseri*. *Leg*.9.& *Authent. Jubemus*, *Cod. de judiciis*: ibi: *Oportet in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere.*

2 Bajo este supuesto, el hecho verdadero es, que el expressado Francisco Comes de Pedro Juan otorgò su primer testamento ante el dicho D. Francisco Comes, su primo hermano, à los 23. de Abril del año 1709. en el que hizo varios legados, y uno de mil libras à la dicha Esperanza Comes, otra de los actores, su sobrina, para quando tomàre estado, y nombrò por universal heredero à Miguel Comes su hermano, con obligacion de aver de disponer en vida, ò en ultima voluntad, entre los referidos Dotor Pedro Juan, y Francisco Comes sus hijos.

Presentado en los autos fojas 5.

3 El mismo Francisco Comes de Pedro Juan, hallandose gravemente enfermo, en ocasion de estarlo tambien en su compañia, y sin esperanza de vida, el dicho Miguel su hermano, dispuso nuevo, y ultimo testamento, que autorizò Juan Bautista Parìs, Escrivano de esta Ciudad, à los 11. de Enero del año 1711. en que revocando qualesquier

Presentado en los autos fojas 14.

quier otros que antes de èl huviere hecho, instituyò por su universal heredero al referido Don Francisco Comes, sin mas gravamen, q̃ el de dar à Josepha Llanza, muger, y à Juana Angela Comes, hermana del testador, las cantidades, y cosas que les señalò para alimentos.

Presentado en los autos fojas 19.

4 El dicho Don Francisco Comes en el suyo, que recibiò el citado Juan Bautista Paris à los 25. de Marzo del año 1730. dexò por universal heredera à Doña Teresa Meseguer su consorte, con calidad de aver de disponer, assi viviendo, como para despues de sus dias, entre los referidos Thomàs Comes, Dotor Pedro Juan, Francisco, y Esperanza Comes sus sobrinos, dando al uno mas, al otro menos, ò *TODO AL UNO*, conforme le pareciere, y bien visto le fuere: y usando de esta facultad Doña Teresa Meseguer, eligiò, y declarò por unico heredero del dicho Don Francisco Comes al expressado Thomàs Comes, con escritura ante Vitoriano Barberà Escrivano, en 11. de Octubre 1731.

Presentada en otros autos que siguen las mesmas partes foj. 25.

5 Contra estas disposiciones absolutas, otorgadas, y autorizadas con la mayor libertad, y solemnidad, el dicho Francisco Comes, assi en su nombre, como en el del Dotor Pedro Juan, y Esperanza sus hermanos, puso demanda à los 15. de Deciembre 1731. exponiendo: Que Don Francisco „ Comes se introduxo en la quadra donde „ estava enfermo dicho Francisco Co„ mes de Pedro Juan, instigandole, y per„ suadiendole eficacissimamẽte hiciera nue„ vo testamento, y le nombràra heredero:

LIBELO DE LA DEMAMDA foj. 21. de los autos.

à

,, à que respondiò el enfermó: QUE YA
,, SABIA DON FRANCISCO, QUE
,, ANTE EL LE TENIA DISPUESTO:
,, que replicó Don Francisco, no podia ser-
,, vir aquel, porque Miguel Comes, à quien
,, instituìa heredero, estava sin esperanza
,, de vida, lo que motivava à hazer nueva
,, disposicion: à que Francisco Comes de
,, Pedro Juan satisfizo, diziendo: *Que por*
,, *esso quedavan sus hijos* (que son los tres
,, actores) *que eran los que queria gozassen sus*
,, *bienes, y herencia, como assi lo avia ordenado.*
,, Sobre que insistiò Don Francisco, persua-
,, diendo à dicho Francisco Comes de Pe-
,, dro Juan, que le nombràra heredero, pues
,, de otro modo se avria de elegir un Cura-
,, dor à los expressados sobrinos, que natu-
,, ralmente serìa estraño, y lo consumiria
,, todo; y que si Don Francisco quedava he-
,, redero, lo conservaria para ellos, se les lle-
,, varia à casa, les educaria, mantendria, aco-
,, modaria; y que despues de sus dias, les res-
,, tituiria todos los bienes, y herencia, pues
,, no se lo avia de llevar al otro mundo, ni
,, queria condenarse por nadie: Y que no
,, obstante esto, se resistia Francisco Comes
,, de Pedro Juan en nombrar heredero à
,, Don Francisco, conviniendo en elegirle
,, Tutor, y Curador de los menores, y admi-
,, nistrador de la hacienda, de q̃ se inquietò
,, D. Francisco, explicando era faltar à su cõ-
,, fianza, que no queria ser Curador, ni Ad-
,, ministrador, por no llevar cuentas, y que
,, con estas, y otras razones vino à cansar
,, tanto à dicho Francisco Comes de Pedro
,, Juan, que fatigado de ellas condescendiò

,, en hacer el testamento, conforme lo pre-
,, tendia Don Francisco, quien llamò à Juan
,, Bautista Paris, Escrivano, que estava espe-
,, rando en el recibidor de la misma casa, y
,, aviendo entrado en la quadra, autorizò
,, el testamento de dicho Francisco Comes
,, de Pedro Juan, instituyendo por herede-
,, ro confidencial à dicho Don Francisco, *sin*
,, *notar, ni poner que solo quedava heredero en*
,, *el nombre, como assi lo expressava el testador.*
,, En cuyos terminos no avia podido Don
,, Francisco disponer libremente de los bie-
,, nes, y herencia, que posseìa de Francisco
,, Comes de Pedro Juan, llamando à la suc-
,, cession de ellos à Thomàs Comes, por to-
,, car solo à dichos Dotor Pedro Juan, Fran-
,, cisco, y Esperanza Comes: quienes assi
fundados concluyen la demanda.

CONCLUSION DE LA DEMANDA.

,, 6 Suplicando se declare, que Don
,, Francisco Comes solo fue heredero con-
,, fidencial de Francisco Comes de Pedro
,, Juan, y obligado à restituirles todo el pa-
,, trimonio, y herencia de èste, de la que
,, no pudo disponer libremente dicho Don
,, Francisco; y que por su muerte han succe-
,, dido los expressados Dotor Pedro Juan,
,, Francisco, y Esperanza Comes en todos
,, los bienes, y herencia del referido Fran-
,, cisco Comes de Pedro Juan, al tenor de
,, su primer testamento de 23. de Abril
,, 1709. condenando à Doña Teresa Mese-
,, guer, y à Thomàs Comes à la restitucion
,, de ellos, con los frutos desde la muerte de
,, Don Francisco Comes.

7 Contestada esta demanda por Doña
Teresa Meseguer, y Thomàs Comes, negan-
do

do su narrativa, se recibiò à prueva, sin aver antes deducido los actores mas hechos, presumpciones, ò circunstancias que la califiquen, ni alegado en otra forma, que lo contenido en su primer libelo: Y deviendole justificar plenamente, se demonstrarà no aver hecho, ni aun verosimiles los estremos de tan calumniosa demanda; y que por sus mesmos testigos queda destruìda, y las disposiciones testamentarias que impugnan, mas confirmadas.

PRIMERA PARTE.

QUE LOS ACTORES NO HAN probado los hechos deducidos en su demanda, ni aun por congeturas verosimiles.

8 LA intencion de dichos Dr. Pedro Juan, Francisco, y Esperanza Comes, es, querer probar: Que Francisco Comes de Pedro Juan no dexò heredero à Don Francisco su primo, con la libertad que se lee en el testamento, sino con el gravamen, y obligacion de restituirles la herencia post mortem. Y siendo esto un fideicomisso, ò substitucion de puro hecho, que no se encuentra en el testamento, es constante lo deven justificar, per necesse, plena, y concluyentemente, sin bastar congeturas que lo persuadan (2).

9 Sentado este principio, y haciendose cargo de èl los Actores, han articulado en la 5. pregunta de su interrogatorio foj. 62. las sugestiones, con que suponen persuadiò D. Fran-

(2) *L.2.ff. de probat. l.2. & 8. Cod. eod.* Peregrin. *de fidecom. artic.* 1. *num.* 26. *& artic* 11. *per tot. & præcip. n.* 33. *cum seqq. &* 38. Castillo *lib.* 4. *quotidianar. cap.* 19. *plene per tot.* Fusar. *de subst. quæst.* 615.

Franciſco Comes le inſtituyera heredero Franciſco Comes de Pedro Juan, del modo, y forma que lo expuſieron en el Libelo de la demanda, concluyendo eſta pregunta: *Y dicho enfermo otorgò ſu teſtamento, en el qual, confiado ſin duda en dicha promeſa, y palabra, inſtituyò por heredero, bien que confidencial à dicho Don Franciſco Comes.*

10 Para demonſtrar la voluntad del referido Franciſco Comes de Pedro Juan, en querer ſiempre le fueſſen herederos los pretendientes, como lo dan à entender en la 5. pregunta exponen en la 7. Que era tan ,, publico, y notorio, como que eſtando ,, con pocas eſperanzas de vida Miguel Co- ,, mes ſu padre, heredero eſcrito en el pri- ,, mer teſtamento del año 1709. quiſo el ,, expreſſado Franciſco Comes de Pedro ,, Juan, prevenir el caſo de la premorien- ,, cia, y que en èl ſucedieran dichos Acto- ,, res, á cuyo fin avria llamado à Miguel ,, Aguirre, Eſcrivano de la Villa de Liria, ,, hallado entonces en eſta Ciudad, para ,, que recibiera nuevo teſtamento: y avien- ,, dole formado en minuta, dictandoſela el ,, meſmo Franciſco Comes de Pedro Juan, ,, entrò Don Franciſco, viò la minuta, la ,, raſgò, y practicò los hechos contenidos ,, en la 5. pregunta, y libelo de la demanda, ,, à fin de quedar heredero.

11 Y aunque eſte hecho de formar Miguel Aguirre minuta de nuevo teſtamento, y averla raſgado Don Franciſco, parece no deviera atenderſe con otros articulos del interrogatorio, por no averſe deducido en la demanda, ni antes de recibirſe à prueva, ſién-

do

do conſtante, que para èſta, no ſe pueden articular otros hechos, que los expreſſados en los libelos de la demanda, y conteſtacion (3), ſinembargo ſe harà merito de ſu repugnancia, para demonſtrar mas la que contiene todo lo alegado por los Actores.

12 Y entrando à averiguar las depoſiciones de ſus teſtigos al tenor de las citadas 5. y 7. preguntas, de cuya inteligencia pende la determinacion del pleyto, ſolos dos conteſtan la 5. pregunta: el uno Vitoriana Ximenez foj. 70. criada de Miguel Comes, padre de los Actores (que por ſolo eſta calidad es inhabil: (4) refiere à la letra el meſmo contexto, y coordinacion de palabras, con que ſe articùla la pregunta, afirmando ſaberlo, por averſe hallado preſente, junto à la cama del enfermo, y que tambien lo eſtuvieron Domingo Creus, Franciſco Alcocèr, Bayle del Grau, el Padre Borgoño de la Compañia, Franciſco Oliver, y Juana Angela Comes, hermana del Teſtador, quienes le perſuadieron, otorgaſſe el teſtamento conforme Don Franciſco queria.

13 El otro teſtigo es Franciſco Oliver, à quien cita Vitoriana Ximenez, y ſobre la miſma 5. pregunta foj. 91. B. dice, que todo lo que contiene aquella es cierto, (ſin expreſſar hecho alguno de ella): y que lo ſabe por averſe hallado preſente al tiempo de la contienda, entre el enfermo, y Don Franciſco, ſobre ſi aquel avia de hacer el teſtamento inſtituyendo à eſte por heredero; y que tambien ſe encontraron preſentes dicha Vitoriana Ximenez, criada que ſervia actualmente al enfermo, el Padre Borgoño,

(3) Paz *in prax. part.* 1. *tom.* 1. *tempore* 8. *à n.* 61. *ex ſpeculat. tit. de teſtib.* §. *nunc videamus n.* 18. Villadiego, *in Politica cap.* 1. *de la Inſtruccion à n.* 17.

(4) *L.* 6. *&* 24. *ff. de teſtib. l.* 3. *Cod. eod. & cap. in litteris* 24. *extra eod.* terminanter, & plené in ſimili cauſa D.D. Frãciſcus Hieronym. Leo, *tom.* 3. *deciſ.* 40. *ſub num.* 73. *verſ. Tertio, cum n.n. ſeqq.* Fontanel. *deciſ.* 580. *num.* 4. Cancer. *variar. part.* 1. *cap.* 4. *de teſtament. n.* 94.

y Francisco Alcocèr; y no señala à otros: los demàs testigos que se han examinado sobre la citada 5. pregunta, solo dicẽ han oído su contenido sin expressar à quiẽ, y aunque lo explicassen, no probarian el assumpto quia testes de auditu nihil probant, (5) mayormente en nuestro caso.

14 Antes de manifestar las tachas que padecen los nombrados dos testigos, que se suponen presenciales, es precisso sentar, que la prueva en la ocurrencia presente ha de ser tan uniforme, que hasta en las mas leves circunstancias deven ir contestes los testigos, de modo, que no basta depongan lo substancial de lo sucedido, sino las mismissimas palabras del Testador, y que sobre el assumpto se hablaron, el dia, hora, lugar, y circunstantes, y hasta las luces que avia, si el caso passò denoche. (6)

15 Esto supuesto: notese la diferencia entre la deposicion de Vitoriana Ximenez, Francisco Oliver, supuestos testigos presenciales, al tenor de la 5. pregunta; aquella afirma à la letra todo su contenido, sin discrepar en cosa alguna, y que estavan presentes Domingo Creus, Francisco Oliver, Francisco Alcocèr, el P. Borgoño, y Juana Angela Comes, quienes persuadieron al Testador executasse lo que Don Francisco queria.

16 Dicho Francisco Oliver, en la suya no expressà palabra alguna de las que profiriò el Testador, ni que le assistia: (como lo asegurò ante el Provissor Eclesiastico en la revelatoria de que se harà mencion): Y solo insinùa, que se hallaron presentes dicha Vi-

to-

(5) *Cap. fraternitati, extra de hæret. can. nullus cau. 34. q. 4.* Faber, *in Cod. lib. 4. tit. de test. def. 41. n. 1.* Castillo *lib. 4. cap. 22. sub n. 109.* Rot. corã Merlin. *decis. 32. n. 4.*

(6) *L. 32. C. de fideicom.* ibi: *Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda. Lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.* Faber, *in Cod. lib. 6. tit. 20. de fideicom. definit. 15.* ibi: *Probari tamen defuncti voluntatem oporteret per quinque non modo testes, sed etiam contestes, quales esse non poterant, nisi QUI FIDEICOMMISSUM IISDEM IPSISSIMIS VERBIS relictum testarentur.* Fontanella, *d. decis. 580. sub n. 5. & n. 7. Et testes qui variant in die, in hora, & in iis quæ erant in cubiculo, in luminibus, poterunt consiliari loqui unumquemque de sua vice, & sic erunt omnino singulares.* D. Leo *d. decis. 40.* passim, Escaño, *de testament. cap. 16. ex n. 28.* cum Anton. Gom. *ad leg. 3. Taur. n. 49. & 50. & aliis.* Cancer. *variar. part. 1. cap. 4. n. 36. cum seq.*

toriana Ximenez, el P. Borgoño, y Francisco Alcocèr, callando à Domingo Creus, y à Juana Angela Comes, los que cita Vitoriana, ni afirma, como èsta, que los circunstantes, junto con dicho Oliver, avrian persuadido al Testador executasse lo que Don Francisco queria: de que se convence, no ir conformes en palabras, hechos, y circunstancias, y no contestando en todo son de ningun merito, por singulares en el caso presente. (7)

17 Con esta inteligencia tan canonizada por derecho, como recibida de todos los Authores, se comprehenderàn mas bien los otros defectos de induccion, falsedad, y demàs tachas particulares, que ocurren en dichos dos testigos. Porque respecto de Francisco Oliver, està convencido de mendàz, en quanto afirma se hallò presente à lo contenido en la citada 5. pregunta: pues Juan Mestre testigo contrario, examinado sobre ,, ella foj. 87. B. dice: Que se encontrava en ,, la pieza del recibidor de la casa junto à la ,, quadra del dicho enfermo Francisco Co- ,, mes de Pedro Juan, al tiempo de la con- ,, tienda que se refiere, passò con èste, y D. ,, Francisco Comes, y que no percibiò cla- ,, ra, y distintamente las razones que me- ,, diaron sobre hacer nuevo testamento; *y que estavan juntos con este testigo en la misma pieza de el recibidor el dicho Francisco Oliver, el Dotor Traver, Medico, el Padre Borgoño, y otros.* Y siendo esta deposicion de Juan Mestre contra producentem, destruye enteramente, y falsifica la de el referido Francisco Oliver, (8) suponiendose dentro de la qua-

(7) D.Leo, *d.decis.*40.*n.*93. *&* 96. & Authores proximè adducti cum Faber, *in Cod.lib.*4.*tit.*15. *de testib.def.*46. Cancer *variar. part.*1.*d.cap.*4.*de testam.n.*90.

(8) Cancer *variar.part.*1.*cap.*20.*de test.n.* 72. ex Cephalo, Surdo, Farin.& aliis D.Leo, *tom.*2.*decis.*186.*per tot.& in jur.respons. post d.*210.*n.*14. *ex l.*9. *Cod. de liberal.causa.*

quadra con el Padre Borgoñò al tiempo de la contienda, quando entrambos, assegura Juan Mestre, estavan en la pieza del recibidor, de donde no se percibian las razones que tenian sobre el nuevo testamento dichos Francisco Comes de Pedro Juan, y Don Francisco Comes: Y esta contradiccion padece tambien Vitoriana Ximenez, assentando se hallavan en la quadra el Padre Borgoñò, y Francisco Oliver.

18 Queda èste igualmente tachado por su persona, porque siendo primo hermano de quien le produce (9) no hace prueva en su favor, por no aver otro que le supla, y abone este defecto: (10) y mucho menos teniendo interès (11) en que se anule el segundo testamento de Francisco Comes de Pedro Juan, y subsista el primero del año 1709. pues aunque en el uno, y en el otro tiene legado un mesmo pedazo de tierra, en el segundo le grava, en aver de disponer entre sus hijos, y faltando èstos, quiere dicho Testador buelva al cuerpo de la herencia, y en el primer testamento le deja el pedazo de tierra libre: à que se añade, aver convenido el dicho Francisco Oliver, que si ganan el pleyto los Actores, le daràn parte, à cuyo fin ha buscado, y solicitado los testigos, como queda justificado. (12)

19 Vitoriana Ximenez, con referir en su deposicion à la letra toda la pregunta, hace menos prueva, porque prescindiendo de la question que los Authores ventilan, sobre si la muger es testigo habil en el presente assumpto, admitiendola unos, (13) y reprobandola otros, (14) tenemosla conven-

(9) Consta del parentesco por las deposiciones de siete testigos sobre la pregunta 2. del interrogatorio de tachas foj. 174.

(10) Rota coram Merlino, *decis*. 407. *n*. 15. & 277. *n*. 4. & 5. & ex traditis à Cancerio, *d. cap*. 20. *n*. 90.

(11) *L*. 10. *ff. de test. b. Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, *l*. 10. *C. eod*. Escaño, *de testam. cap*. 24. *n*. 7. Cancer. *var. part*. 1. *d. cap*. 20. *sub n*. 90.

(12) Lo depone Basilio Calbo de hecho propio sobre la pregunta 3. del citado interrogatorio de tachas, foj. 197. B. y otros afirman averlo oìdo decir.

(13) Escaño, *de testament. cap*. 22. *ex n*. 3. cum Castillo, Azevedo, Matienzo, Molina, Mascardo, & aliis.

(14) D. Leo, *d. decis*. 40. *tom*. 3. & Fontanel. *d. decis*. 580. *cum suis*.

vencida de inducida, y falàz, siendo regla, que el testigo que habla con un mesmo contexto de palabras, se repele por sospechoso; (15) y aunque èsta pudiera cessar en nuestro caso, por estàr precissados los testigos à deponer, declarando las mismissimas palabras del Testador que se deven articular, (16) pero las expuestas en la 5. pregunta, à cuyo tenor se ha examinado dicha testigo, no es verosimil fuessen las que explicò Francisco Comes de Pedro Juan, sino supuestas, y coordinadas por la idea, y deseo de los Actores.

20 Compruevalo el hecho de aver estos acudido al Provisor Eclesiastico antes de poner la demanda: *Para que con el motivo de que tenian derecho en los bienes de dicho Francisco Comes de Pedro Juan, mandasse publicar Censuras en la Iglesia Parroquial de San Barthòlomè de esta Ciudad, à fin de que los que supiessen, ò huviessen oìdo dezir, que dicho Francisco Comes de Pedro Juan dejò heredero confidencial à Don Francisco Comes, para que despues de sus dias passasse la herencia à los requirentes, manifestassen, y revelassen el hecho q̃ en verdad passò.* En cuya virtud solo se encuentran las revelatorias que hicieron los mismos Francisco Oliver, Juan Mestre, y Juan Bautista Paris Escrivano, de las que no resulta el contexto de los hechos, palabras, y circunstancias que han articulado los actores: pues Juan Bautista Paris expressa lo mesmo que en la deposicion hecha en el pleito, à pedimento de los actores, contraria en todo à su intencion; y Juan Mestre con Francisco Oliver, tambien varìan; conque si antes de poner la de-

(15)
L.3. §.1. *ff. de testib.* ibi: *Et qui simpliciter visi sint dicere, utrũ unum eundemque meditatum sermonem attulerint, an ad ea quæ interrogaveras ex tempore, verisimilia responderint: Et Gloss. lit. S. tunc enim corrupti creduntur.* Cancer. *variar. d. cap.* 4. *de testament. n.* 88. ex Socin. Jun. D. Leo *citat. decis.* 40. *n.* 107.

(16)
D. Cancer. *loco citato, & n.* 88.

(17)
Revelatorias en la Curia Eclesiastica, presentadas por los actores foj. 52. por las que consta pidieron las censuras en 19. de Julio 1731. y las revelatorias en 24. del mesmo, y en 1. de Agosto siguiente, todo antes de proponer la demanda que presentarõ en 15. de Deciembre.

manda ignoravan los actores los hechos que en ella pintan, y para saberles se valieron de tan extraordinario remedio, que à este fin, y no para otro, se permite, sin hacer prueva (17), y por èl no se ha liquidado lo que pretenden, es fuerza confessar, que todo lo deducido en la demanda, 5. y 7. preguntas es artificiosamente ideado por los actores; y en quanto à su tenor, con la mesma contextura de palabras depone dicha Vitoriana Ximenez, se convence aver sido inducida, y como tal no haze prueva.

(17) Faber. *in Cod.lib.4.tit.15.de testib. definit.16.*

21 Calificandolo mas la reflexion, de que para legitimar los testigos en el assunto presente, se deve considerar el estado, edad, comprehension, y calidad que tenian al tiẽpo de otorgarse el testamento (18); y siendo entonces Vitoriana Ximenez una muchacha de 17. à 18. años (pues en el de 1732. quando depuso, confessò tendria 38. à 39. y el testamento se recibiò en 1711.) recien venida del Lugar de Domeño, adonde se bolviò, lerda, sin capacidad alguna, criada de Miguel Comes, à quien assistia en su enfermedad, como arriba và notado à num. *. y no à Francisco Comes de Pedro Juan testador, que en ocasion de estar èste enfermo, lo estava casi toda la familia, y fue preciso buscar Religiosos Capuchinos que les assistiessen, como todo se ha probado (19), y lo depone Fr. Ambrosio Alepùz, otro de ellos, afirmando, que por sus manos se administrava quanto era menester para el dicho Francisco Comes de Pedro Juan; y que en la quadra de èste, por lo regular, y ordinario, no entrava ninguno de la familia; y que

(18) *Leg. ad testium, §. Conditionem, ff. de testamentis, leg. 3. ff. de testib.* Escaño *de testament. cap. 23. sub num. 24.*

* Sobre la 2. y 3. preg. del interrog. contrar. foj. 205. dice Laudomia Sabastià, que acomodò à Vitoriana Ximenez en casa Miguel Comes, y que le assistia en su ultima enfermedad.

(19) Al tenor de la 5. y 6. pregunta del citado interrogatorio de tachas foj. 174. lo deponen Fr. Ambrosio Alepùz, Religioso Capuchino, Mosen Joseph Morell Presbitero, Pedro Juã Santes Escrivano, Joseph Vicent, y otros.

que la dicha Vitoriana tambien estuvo enferma, no es creible que èsta, mediando tales circunstancias se hallasse, ni que la permitiessen presente à la disposicion testamentaria de Francisco Comes de Pedro Juan, siendo un acto tan serio, reservado, y de tanto tiempo, y entre circunstantes de la autoridad que expressa: y de ningun modo es verosimil, que si por posible se huviera hallado presente dicha Vitoriana, comprehédiesse, y retenga aora una conversacion tan larga, y de tan arreglados hechos, y palabras como refiere, al cabo de 21. años, siendo una muger de las calidades expressadas, quando el olvido de las cosas, aun en los de capacidad adelantada, y en hechos propios, se presume por diez años (20), como de otro testigo muy autorizado, que deponía del mismo tiempo que Vitoriana, lo escrive el Señor Matheu (21).

22 Y lo acaba de convencer el hecho de acotar los actores à la mesma testigo, y al expressado Fráncisco Oliver, solo sobre la 5. pregunta, y no producirles al tenor de la 7. en que articulan el caso de aver llamado Francisco Comes de Pedro Juan à Miguel Aguirre, para otorgar nuevo testamento, instituyendoles herederos, y que aviendo Don Francisco tomado la minuta, la rasgò, y persuadiò à dicho Fráncisco de Pedro Juan, le nombrasse heredero, del modo, y forma que lo exponen en la 5. pregunta; quando contestando esta, precissamente avian de deponer tambien sobre la 7. afirmandose aver sucedido lo que contiene, antes, y en un mesmo espacio continuado de tiempo, que lo

(20) D.Leo *decis.*211. *n.*24. *cũ seqq.* *tom.*2. *ez Gloss.in verb.Non eandem fidem, leg.*3. §.*Finge, ff. de Carbonian. Edict. Gloss. in leg. Licet, Cod. de adquirend. possess. leg.*44. *ff.de eodem.*Faber.*inCod. lib.*4.*tit.*15. *de testiS. definit.*31. *n.*4. Mastrillo *part.*2. *decis.*132. *num.*48.

(21) D.Matheu *de regim.Regn. cap.* 10.§.2. *num.*74. *cum seqq.*

lo ponderado en la 5. pregunta: de que nace, no poder saber dichos testigos lo articulado en la 5. pregunta, ignorando lo de la 7. y por consiguiente se acreditan de inducidas, y contrarias à la verdad sus deposiciones; como de calumniosas, y supuestas las narrativas de la demanda 5. y 7. preguntas; mayormente no aviendose probado en parte alguna el hecho de la minuta, expuesto en la 7. pregunta, à cuyo tenor Francisco Alfonso Escrivano, fol. 81. B. dize, que oyò, *que Don Francisco la hizò pedazos, y rasgò*: Y Lorenzo Peñarroja, fol. 89. B. que Miguel Aguirre le expressò, *que Don Francisco la quemò à la antorchera*. Y sobre esta variedad no es presumible tal hecho, ni q̃ Miguel Aguirre fuesse llamado para recibir el testamento, no siendo Escrivano de la Ciudad, como consta por su privilegio foj. 244. Y si por ventura dicho Miguel Aguirre huviera podido formar alguna minuta, no serìa de testamento, sino de la renuncia à los arrendamientos que con èl tenia el testador, segun lo dispuesto en el testamento de que se trata, confirmandolo Juan Bautista Paris, que le autorizò, afirmando en su deposicion foj. 104. B. que solo oyò tratar de arrendamientos.

23 Y no es mucho que resulte tanta oposicion, quando los mesmos actores, tropezando en su confusion articulan los hechos con la mayor inverosimilitud, y contrariedad: En la demanda, y en la 5. pregunta dan por sentado, que lo primero que executò Don Francisco, quando entrò en la quadra del enfermo, fue persuadirle otorgas-

gasse nuevo testamento, porque Miguel Comes su hermano estava sin esperanza de vida; y que respondiò dicho enfermo: *Ya sabia Don Francisco, que ante èl le tenia otorgado*; manifestando queria morir bajo aquella disposicion; luego antes de esto no llamò à Miguel Aguirre dicho enfermo para hazer otro testamento, como se supone en la 7. pregunta. En la demanda afirman, que Juan Bautista Faris, *omitiò poner, y notar en el testamento, que Don Francisco Comes solo quedava heredero en el nombre, con obligacion de restituir la herencia à sus sobrinos, como el testador lo expressava*; y esta qualidad, que deve ser la principal en el assunto, no la articulan, ni la pruevan: y finalmente, en la demanda concluyen: que se declàre aver sucedido los dichos Dotor Pedro Juan, Francisco, y Esperanza Comes, por muerte del dicho Don Francisco, en los bienes, y herencia de Francisco Comes de Pedro Juan, segun su primer testamento de 23. de Abril 1709. lo que es incompatible, porque no puede subsistir este primer testamento, quedando revocado por el segundo (22), que los actores aprueban en su misma demanda, pidiendo la succession, con los frutos de los bienes, solo desde el dia de la muerte del dicho Don Francisco Comes, reconociendo que èste durante su vida tuvo el goce de la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan, lo que se opone à la calidad de heredero confidencial, que en sì no comprehende mas que un mere executor, y guardador de la voluntad, y bienes del difunto, sin pertenecerle por tal frutos, ni interès alguno (23).

(22) *Leg. Sancimus*, 27. *Cod. de testament.* & communiter Scribentes.

(23) *Leg.* 46. *ff. de hæredibus instituend. leg.* 43. §. *Pegassus*, *ff. de legatis* 2. Peregrin. *de fideicom. artic.* 3. *num.* 19. Cancer. *variar. part.* 1. *cap.* 1. *sub n.* 215. *vers. Et quod hæc, & nn. seqq.*

22 A eſtas inconſequencias con que han ido vacilando los Actores en todo el diſcurſo de la cauſa, ſe añade la cota de los teſtigos que han producido, ſeñalandoles particularmente los hechos ſobre que avian de deponer, y no pudiendo aver otro mas enterado de lo ſucedido que Juan Bautiſta Paris, que autorizò el teſtamento, y han citado por teſtigo, no ſolo no le han examinado al tenor de la 5. y 7. pregunta que contiene las imaginarias ſugeſtiones que le atribuyen à Don Franciſco, pero ni ſobre la 11. pregunta, en que refieren una converſacion, que ſuponen paſsò entre el referido Juan Bautiſta Paris, y el Dr. Don Salvador Martin Lop, (que deſpues ſe notarà) ſino que formaron para dicho Paris pregunta ſeparada, que preſentaron ſola por via de adito, y ſegundo interrogatorio foj. 117. que ſe „ reduce ſu contenido à que: Por la amiſtad „ que tenia dicho Paris con Don Franciſco „ Comes paſsò en ſu compañia à la caſa del „ expreſſado Franciſco Comes de Pedro „ Juan, para recibir el teſtamento de èſte, y „ que aviendoſe quedado en el recebidor „ entrò Don Franciſco en la quadra, y que „ oyò Paris algunas palabras de la converſa- „ cion que tuvo Don Franciſco con el enfer- „ mo, y que aquel ſe reſiſtia à lo que èſte le „ proponia: que al cabo de gran rato llama- „ ron à dicho Paris para recibir el teſtamen- „ to, como lo recibiò, aviendoſele dado, alar- „ gado, y coordinado en toda forma D. Fran- „ ciſco, à cuya publicacion ſe hallaron el Dr. „ Traver, Medico, el P. Borgoñò de la Com- „ pañia, Domingo Creus, y otros.

An-

23 Antes de referir la deposicion de dicho Juan Bautista Paris al tenor de su pregunta, parece justo hacer reflexion, sobre la variedad, y diferencia con que se expone, respecto de la 5. y 7. pues queriendo probar lo contenido en estas, no se atreven à proponerlo à dicho Paris, sino que se lo exponen con palabras generales, sin acotarle ninguna cierta, como en la 5. pregunta, olvidados sin duda, de lo que en esta avian expressado; cuya irregularidad, è inconsequencia, convence de lleno no tener fundamento seguro los Actores; y que variando en sus articulos, para buscar la verdad, encuentran descubierta la malicia de todo su proceder.

24 Esto supuesto, el dicho Juan Bautista Paris foj. 104. B. declara: Que passò „con Don Francisco à la casa del enfermo, „que aquel entrò en la quadra, y èl se quedò en el recebidor, desde donde pudo percebir, que lo que tratava el enfermo, y „Don Francisco *era*, sobre interesses de arrendamientos, que al cabo de rato le llamaron para recibir el testamento, como „le recibiò, *diciendole de palabra el dicho Francisco Comes de Pedro Juan, que instituìa por „heredero suyo al referido Don Francisco Comes, „y dexava los legados que se contienen en el testamento*; y que de ninguna manera es cierto que Don Francisco, ni otra persona, le „entregasse minutado, ni coordinado el „testamento.

25 Quando esta Parte no tuviera à su favor en el pleyto mas que la antecedente deposicion de Juan Bautista Paris, parece bastaria para destruir toda la intencion de los

Ac-

Actores, pues aviendole estos producido, prueva plenamente contra ellos, siendo en el presente caso testigo habil (24), y que como Escrivano que autorizò el testamento vale por dos (25), y si en todo se deve estàr à su escritura, no constando de lo contrario (26) merece igual credito su dicho, refiriendose à ella como testigo; y por consiguiente la deposicion de el expressado Juan Bautista Paris, no solo falsifica, y excluye enteramente las de los citados Francisco Oliver, y Vitoriana Ximenez, sino que dexa patente la verdad del hecho cierto, que passó al tiempo de otorgar el referido Francisco Comes de Pedro Juan su ultimo testamento, instituyendo por heredero absoluto al expressado Don Francisco Comes, y que la confidencia, ò substitucion, que suponen los Actores à su favor, es puramente imaginaria: pues afirmando en su demanda que la omitiò poner dicho Juan Bautista Paris, ni èste lo contesta, ni los Actores se lo han articulado en su pregunta.

26 Sirviendoles poco la temeraria impostura con que desacreditan la buena opinion, y fama del citado Juan Bautista Paris, afirmando arrojadamente en el discurso del pleyto, que por ser amigo de Don Francisco Comes no avria cumplido con su obligacion, y lo han querido probar articulando esta amistad en la 8. pregunta, à cuyo tenor Francisco Alfonso, Escrivano de igual credito, testigo contrario, al fol. 81. B. assegura: ,, Que aunque dicho Paris era amigo intimo ,, del expressado Don Francisco Comes, no ,, por esso cree, que faltasse en la menor cosa

à

(24) *L. Dionisius Labeo 27. ff. qui testament. fac. poss.* & cum ea Escaño, *de testament. cap.* 23. *n.*4. *cum seqq.* ex Ruino, Menchaca, & aliis. Fusar. *de subst. q.*283. *n.*3.

(25) *L.*3. *Tauri*, & communiter Scribentes, *cap. quoniam* 12. *de probat.* Escaño *ubi proximè n.*6.

(26) D. Castill. *latè controv. lib.*4. *cap.* 6. *à n.*20.

à la obligacion de su persona, y oficio, y que ni Paris executaria por Don Francisco lo que no estuviera muy puesto en razon, ni Don Francisco se lo pediria; y esta creencia de Francisco Alfonso està calificada por el derecho, y comun de los Authores, defendiendo con ella el Señor Castillo Sotomayor (27), tanto, en los terminos de nuestro caso al Escrivano que difiere en todo à la escritura que autorizò, no probandose, como en nuestro caso no se ha probado, dolo, ni omission suya.

27 Descubierta assi, y destruìda la maquina de los hechos, que con tanto agravio de esta Parte han supuesto los Actores, resta por averiguar el origen de la voz, y fama publica con que les declaran otros de sus testigos, sin decir à quienes lo han oìdo, ni dar otra razon de ciencia; y en exclusion de tan inutil prueva ha justificado esta Parte con 13. testigos (28), que la voz, y fama publica que insinuan los adversos, de que Francisco Comes de Pedro Juan avria instituìdo heredero confidencial à Don Francisco Comes, ha nacido de los pretendientes, y de Antonia Gomis su madre, quienes lo han esparcido en esta Ciudad, en la Villa de Liria, y en otras partes, afirmando los 13. testigos, que solo lo han oìdo à los contendores, y à quienes con ellos comunicavan: y de sus mesmos testigos lo assegura Francisco Ebrì, foj. 165. sobre la 7. y hecho de rasgar Don Francisco la supuesta minuta de testamento; y el Dotor Don Martin Salvador Lop, foj. 109. B. sobre la pregunta 11. expressando, que de lo contenido en el pleyto, solo ha oì-

(27) D. Castill. *ubi proximè, sub n. 21. ibi: Quia si facta fuisset substitutio aliqua, credendum est, quod NOTARIUS eam scripsisset, quia præsumitur pro NOTARIO, quod benè, & fideliter exerceat officium suum, & quod ipse scripserit quidquid à partibus fuit dictum; & ita quod ipse scribit, habetur, ac si à Testatore ipso dictum fuisset, ac denique, quod ubi de actu scriptura facta est, eatenus præsumitur dictum, quatenus legitur scriptum, & non ultra verba expressa, quia error non præsumitur, nisi probetur*: ex Surdo, *consil. 129. lib. 1. ubi de materia.*

(28) Sobre la 7. pregunta del interrogatorio foj. 127. lo declaran: el Licenciado Joseph Morell, Presbytero, fol. 133. Joseph Vicent fol. 136. Francisco Vicent 138. Francisco Giner, Escrivano 140. B. Pedro Luis Carbonell, Escrivano 143. Pedro Juan Santes, Escrivano 145. Dr. Antonio Vicent, Medico 149. Dr. Thomas Feltrer, Presbytero 150. Dr. Don Salvador Martin Lop 153. B. Joseph Sancho 155. Juan Valcanet 156. B. Joseph Pla 157. B. y Joseph Martinez 158.

oìdo hablar à dichos tres hermanos; y asi esta voz, y fama publica como nacida de ellos, y animada de su malicia, y testigos que la deponen, no merece fee alguna, ni hace la mas leve presumpcion. (29)

28 Discurriendo los actores en otros medios para persuadir la institucion de heredero confidencial, que pretenden en Don Francisco Comes, articulan en la pregunta 9. ,, averle oido decir à dicho Don Francisco, ,, que los bienes, y herencia que possèia de ,, Francisco Comes de Pedro Juan, eran del ,, Dotor Pedro Juan, Esperanza, y Francis- ,, co Comes, que tenia en casa: Lo que contestan dos testigos; el uno es dicha Vitoriana Ximenez, à quien no se deve atender, porque convencida de falàz en un estremo, la tiene el drecho por sospechosa en otro (30): El segundo testigo es Miguel Alòs, criado de la silla de Don Francisco, afirmando averselo oìdo decir por el año 1711. ò 1712. y esta deposicion tambien es incierta, porque en el año que cita, ni servia, ni conocia à Don Francisco, pues no entrò en su casa hasta el de 1713. como se ha probado por esta parte al tenor de la 7. pregunta del interrogatorio de tachas foj. 175. y no es verosimil que Don Francisco tuviera conversacion de tal assunto con un criado tan inferior.

29 Y quando los contendores huvieran hecho constar de semejante expresion en Don Francisco, con ella no justifican su intento, porque aun la formal confession del heredero, sin otras vehementissimas cógeturas, no prueva el fideicomisso, ò substitu-

(29) Rota coram Merlin. *decis.* 32. *n.* 4. *& seqq. & decis.* 277. *n.* 4. *&* 5. cum Surd. *consil.* 135. *n.* 9. Menoch. *de arbitr. cas.* 475. *n.* 14.

(30) Farinac. *de testib. quæst.* 67. *num.* 111. & ex eo D. Leo *d. decis.* 40. *tom.* 3. *n.* 82. ibi: *Regula sit: Quod testis in parte falsus, in totum reputatur falsum, & ideo falsus in uno, nihil probat in omnibus ratione juramenti, quod est individuum.*

tucion, que no resulta del testamento; y por consiguiente no le puede declarar, porque à mas de pertenecer esto al Oficio del Juez, se retrotrae al tiempo de la disposicion la declaracion del heredero, y aviendo fallecido el testador, no tiene lugar, como todo lo pondera, y funda Peregrino.(31)

30 Fundase otra congetura con el hecho de aver Don Francisco llevado à su casa, luego que muriò Francisco Comes de Pedro Juan, à los dichos Dotor Pedro Juan, Esperanza, y Francisco Comes, manteniendoles con la decencia bien notoria, gastando en educarles, y acomodarles sin repàro alguno, lo que no huviera practicado, sino fuera, porque sabia que les pertenecia la herencia, que pretenden, como lo exponen en la 6. pregunta; y esta congetura la excluyen los mesmos actores, porque haciendoseles cargo de los singulares beneficios, y asistencias que deven à Don Francisco, responden ,, al fol. 231. que no es mucho les mantu- ,, viesse èste, quando executò lo mesmo en otros que no eran parientes: Luego no pueden decir, que les asistió, y acomodò Don Francisco precisamente, porque les devia restituir la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan; fuera de que si por ventura pudò èste hacer à Don Francisco alguna recomendacion de dichos sobrinos, por ella no se induce substitucion, ò fideicomisso à su favor; (32) y quedò bastantemente desempeñada con las excessivas costas que suportò Don Francisco en tantos años, educando, manteniendo, y acomodando à los expressados tres sobrinos.

Fi-

(31) Peregrin. *de fideicomm. artic.* 43. *n.6. ubi quæstio, & n.7. vers. Passus*, hablando de la confession del heredero, ibi: *Quia sicut de novo, ex illo testamento non possent formare fideicommissum, ita nec etiam possunt declarare relictum, quod non erat: nam & à simili, protestatio in iis quæ non pendent à protestantis potestate nihil operatur, sic per has & plures alias rationes discurrit Ruin. consil.* 128. *colum.* 3. *Item si objiciatur, per viam declarationis sic fieri posse: replicari potest, declarationem retrotrahi ad tempus actus celebrati, & cum jam testator sit mortuus, retrotrahibitionem fieri non posse.* Ex Castren. Aretin. Roman.

(32) *Leg.* 12. *Cod. de fideicomm. libert. leg.* 11. §. 2. *ff. de legat.* 3. Pregrin. *de fideicomm. artic.* 1. *n.* 50. ibi: *Item verba, quæ commendationis alicujus personæ causa proferuntur, vel quia testator personam aliquam HÆREDI SUO commendaverit, fideicommissum non constituunt.*

31 Finalmente animan otras congetu-
,, ras, articulando en la 11. pregunta : que
,, aviendo el Dotor Don Salvador Martin
,, Lop, Abogado, asistido à Don Francisco
,, Comes para disponer su ultimo testamen-
,, to, que autorizò Juan Bautista Paris, se
,, fue despues con èste, y que por las razo-
,, nes que hablaron en el camino, sospechò
,, dicho Don Salvador, que Don Francisco
,, no avia podido disponer en favor de es-
,, tas partes, porque los bienes que posseìa
,, serìan de la herencia de Francisco Comes
,, de Pedro Juan, y pertenecerian à los re-
,, feridos Dotor Pedro Juan, Francisco, y
,, Esperanza Comes; y que con este cuida-
,, do, al otro dia muy de mañana fue D. Sal-
,, vador Lop à casa de Don Francisco, para
,, que otorgasse codicilo, y enmendasse la
,, disposicion testamentaria, como lo avria
,, expressado à los mesmos contendores, por
,, quienes no se avia permitido efectuar,
,, porque yà Don Francisco estaria muy fa-
,, tigado. Hagase reflexion desde luego en lo particular de suponer, que los actores estorbaron, que Don Francisco mejorasse à favor de ellos la disposicion, lo que no es creible, importandoles no menos que los 30. mil ducados, que dicen en su demanda comprehenderia la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan.

32 Al tenor, pues, de la narrativa hecha en la pregunta 11. Daria Mañes *foj.* 113. dice, lo oyò al Dotor Don Salvador Martin Lop; y èste al fol. 109. B. no solo no
,, lo contesta, sino que afirma: no acordar-
,, se averse restituido à su casa en la ocasion
,, que

,, que ſupone la pregunta, en compañia de ,, Juan Bautiſta Paris, ni que èſte le inſi- ,, nuaſſe palabra alguna ſobre la diſpoſicion ,, de Don Franciſco; y que ſi algo ſe le ex- ,, preſsò de lo contenido en eſte pleyto, fue ,, por los miſmos Dr. Pedro Juan, y Fran- ,, ciſco Comes, lo que comprehendiò no era ,, baſtante para deponer el concepto que te- ,, nia formado de lo que oyò à Don Franciſ- ,, co Comes al tiempo de diſponer ſu teſta- ,, mento, hallandoſe entonces con muy bue- ,, na cabeza: Mediante eſta declaracion de Don Salvador Lop, ſu calidad, y literatura, no parece cabe ponderar mas para conven- cer de incierta, y mal fundada la pregunta, pues atribuyendo el eſcrupulo de Don Salva- dor Lop à las razones que oyò à Juan Bau- tiſta Paris, no han examinado à èſte, acotan- dole ſolo al eſpecial, y ſeparado articulo que và expendido, cuya irregularidad no puede menos de inducir en los contendores un eſ- traño proceder, mayormente, quando quie- ren haga mas fee la referida Daria Mañes, deponiendo, aver oído lo contenido en la pregunta 11. à Don Salvador Lop, que èſte declarádo lo contrario; por lo que le increpá al fol. 227. B. con un libelo ſangrientamente infamatorio. Y con el meſmo deſconcierto diſparan calumnias contra el Eſcrivano Juan Bautiſta Paris, llamandole en buen romance falſario: en el eſcrito de bien pro- bado, à cada paſſo impugnan por nulo el ſegundo teſtamento; en el de las foj. 260. di- cen, y ratifican, que no vàn contra la eſcri- tura del teſtamento, ni tocan la legalidad, è integridad de Paris, y al fol. 262. que no pre-

tendē anular teſtamēto alguno, ſino q̄ ſe les reſtituya la herencia de Franciſco Comes de Pedro Juan, por averle engañado D. Franciſco Comes, y á èſte Doña Thereſa: y con igual libertad continuan ilucinados en prorrumpir otras injurias.

33 Quedan haſta aqui ſubſtanciados con la claridad que ha ſido poſsible los hechos, que con la mayor confuſion han expueſto los Actores; y demonſtrado, que ſiendo los principales fundamentos de ſu intencion no les han probado, ni aun por congeturas veroſimiles, porque deviendoſe èſtas juſtificar cada una de por sì (33), no ſe logra, faltando la prueva de los hechos en que ſe fundan.

(33) D. Caſtill. cum comm. DD. *lib.* 4. *controv. cap.* 19. *n.* 52. *& ſeqq.*

SEGUNDA PARTE.

QUE LA INSTITUCION DE HEredero hecha por Franciſco Comes de Pedro Juan à favor de Don Franciſco Comes ſu primo, fue pura, y abſoluta, y no confidencial: y el teſtamento en que ſe otorgò, valido, y ſubſiſtente.

1 YA ſe inſinuò, y fundò en la primera parte (1), que el heredero confidencial ſolo es un guardador de la herencia, para entregarla à quien en confianza previno el Teſtador, ſin interès alguno del tal heredero: en los terminos que lo proponen los Actores no puede aver heredero confidencial, porque dàn por ſentado, que Don Fran-

(1) *Ex l. quidam cum filius* 46. *ff. de hæred. inſtit.* Peregrin. *de fideicom. art.* 3. *n.* 18. *& ſeq.* Cancer. *variar. part.* 1. *cap.* 1. *de ſubſtitut. ſub n.* 215. *verſ. Et quod hæ.*

Francisco tuvo el goze de la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan durante su vida, con que pretendiendo dichos Actores aver sucedido por muerte de Don Francisco, segun su demanda, es constante, ha de ser por via de substitucion, ò fideicomisso: y no aviendole justificado, no pueden obtener (2).

2 Porque tratando, como tratan, no de probar, y declarar disposicion cierta, sino de inducir una substancial, extra testamentum, que no se lee en èl, la deven verificar con los mesmos testigos rogados que intervinieron en el testamento (3).

3 Siendo esta opinion tan comun, y recibida, que apenas ay contradictor (à lo menos en quanto à ser menester tantos testigos, como requiere la disposicion para autorizarse) se ha visto, quan defectuosa es la prueva de los contendores, pues solo se reduce à dos testigos, que afirmando averse hallado presentes à la disposicion de Francisco Comes de Pedro Juan, estàn convencidos de lo contrario, y aunque otros lo deponen de oìda, no sirven, por averse justificado que la voz, y fama publica de que atestiguan, la han introducido los mesmos actores; y asi no les puede sufragar medio alguno que haga verosimil en drecho su pretension, como lo defendiò el Señor Castillo, con las propias circunstancias de nuestro caso, sin faltarle al suyo supuestas sugestiones en ultima disposicion, dos testigos que las afirmavan (no inducidos como los nuestros) y otros muchos de oìda; concluyendo no hacer la menor prueva; (4) y que asi

(2)
AA.*adducti in* 1.*part.n.*2.

(3)
D.Castill.*d.cap.*19.*sub n.*43.ibi: *Quando versamur circa dispositiva, sive agimus de dispositione testatoris directè, vel indirectè per per conjecturas probanda: tunc namque, vel quando tractatur de ERRORE, omissionis, non alii admittuntur testes, quam hi qui in testamento fuerunt adhibiti, & per testatorem rogati, quia ut constet de errore, probari debet, rem aliter se habere: id autem probari non potest in testamento, nisi per septem testes qui sint rogati; ergo septem testes rogati quoque requiruntur ad probationem erroris, vel dispositionis testatoris inducendæ*: Y lo mismo *cap.* 25.*n.* 35. *Si vero agamus non de declaranda voluntate jam inducta, sed de probanda voluntate inducenda, & de cujus substantia non apparet (IMMO IN CONTRARIUM UT IN CASU PRÆSENTI APPARET) iidem testes necessarii sunt, qui in ipsa dispositione intervenerunt, nec duo sufficiunt: ita sane menet communi, atque ex relatione quam plurimorum firmavit Surdus in consil.*129.*n.*28.*lib.*1.

(4)
Idem Castill.*cap.*22.*sub n.* 109. *Et quamvis ex adverso testes nō nulli (QUI VERE NON CONCLU-*

CLUDUNT, nec ita, ut debuerunt, in proposito deposuerunt in contrarium dictę qualitatis libertatis plenæ, & pro FRAUDULENTA PERSUASIONE) & eorum major pars, imò omnes, duobus exceptis, ex auditu deponunt.

(5)
Dicto cap.22.sub num.1.

(6)
Leg.4. de adimend.legat. Escaño *de testam. cap.2.n.12.*

(7)
Leg. fideicommissa 11.§.*de legat.* 3. *leg.*29.*ff.de testam.* D.Crespi *tom.*2. *observ.* 52.*num.*48. *cum seqq.* D. Castillo *lib.*5. *controv. cap.*74 *colum.*3.*in fin. Est trita regula: Quod multa tractantur, quæ postea non fiunt, nec sufficit probare quod in principio condendi testamentum testator dixerit se velle aliquid facere, quod postea non legatur in testamento, quia potuit, dum conderet testamentum, mutare voluntatem; Leg. Si testamento, Cod de institut.& substitut. nec sufficit quod testes deponant de tempore, antequam testator deveniret ad actũ testandi. Ex Gratian. discept.forens.tom.3.cap.*550.*& Mascard. de probat.conclus.*617.

asi lo determinò el gravissimo Senado de Sevilla.(5)

4 Sabido es, que la voluntad del hombre es deambulatoria, y variable hasta el punto de morir,(6) y que no se atiende por disposicion testamentaria, ni otra alguna lo que tratò en conversacion,ni aun en el mesmo acto de disponer el testamento, si al tiépo de otorgarle séria, y solemnemente, no lo expressò, porque pudo mudar de voluntad, formando la disposicion; y por esso quando se pretende que el testador quiso otra cosa, que no se halla en el testamento, se deve concluyentemente probar, que lo mandò al tiempo de otorgarle, como lo enseña todo el mesmo Castillo.(7)

5 Los actores, ni han probado la que suponen, ni la han articulado en los terminos que devian, porque con hazer tantas pinturas de la conversacion que passò entre Francisco Comes de Pedro Juan,yDon Francisco, sobre el testamento de que se trata,en ninguna señalan, ni afirman, que al tiempo de otorgarle, dispuso el testador expressamente, que para despues de los dias de Don Francisco substituìa, ò queria que èste restituyera la herencia à los pretendientes; pues estos solo articulan en la 5.pregunta: *Que sin duda baxo la promessa* (que suponen hizo Don Francisco) *le instituyò heredero Francisco Comes de Pedro Juan.* Notese el *SIN DUDA*, que no afirma, sino que por presumpcion lo inducen, y deviendolo exponer assertiva, y absolutamente con las mesmas palabras que explicò el testador, como queda fundado, y no congeturalmente, resulta,que

ni

ni han probado, ni articulado la disposicion que suponen; cuya reflexion hizo tambien el Señor Castillo en su caso.(8)

6 De que nace no aprovecharles las congeturas que han ponderado para verificar el fideicomisso que desean, porque fueran buenas, si nos hallassemos en disposicion dudosa, que admitiera interpretar la voluntad por este medio; pero en el caso presente no se trata, sino de inducir, y probar otra disposicion nueva, que no se halla en el testamento, ni de sus clausulas se colige, en cuyos terminos no se puede justificar por congeturas, sino haciendola patente, y clara.(9)

7 No sirve la mas favorable congetura que alegan los actores, fundados en que el testador les substituyò en el primer testamento, instituyendo heredero à Miguel Comes su padre, y no serìa verosimil que en el corto espacio de tres años, mudasse la voluntad, quando dicen fue siempre de beneficiarles, (10) porque se responde, que los actores no eran herederos forzosos del testador; y no se atiende à lo que èste verosimilmente podria querer, sino à lo que en su ultima disposicion expressò, (11) deviendose cumplir su voluntad, segun se halle escrita, apartada toda interpretacion, (12) porque la voluntad del hombre es libre en disponer, y se deve guardar lo que ordenò.(13)

8 De que resulta, que no aviendo justificado los actores la confidencia, ò fideicomisso que imaginan, se deve estimar por absoluta, valida, y subsistente la institucion de heredero, hecha por Francisco Comes de Pedro Juan à favor de Don Francisco Comes,

(8)
D.Castill. *d. cap.*22.*sub n.*16. *In præsenti facto, vel conjecturæ quod allegantur, non modo non probantur, sed nec in articulis deducuntur.*

(9)
D.Castillo ubi supra *in hac part. num.*3. Cancer. *var.part.*1. *cap.* 1. *de substit. n.* 171. *Substitutionem comprehendere aliquam personam debere id clare probare.* ex Menoch. Craveta, Honded. & aliis.

(10)
Escaño *de testam. dict. cap.*21. & passim cũ Menoch. Mieres, Roman. & aliis.

(11)
Ex leg. Extraneum 9. Cod. de heredib. instituend. Cancer. *variar. part.*1.*cap.*1.*de substit. sub num.* 171. *Neque obstare quod prudenti considerrtione non possemus imaginari, quod testator post mortem Joannæ primæ filiæ suæ sine liberis noluerit vocare Ludovicam secundam filiam suam, tum quia non consideramus voluntatem testatoris qualis esse debuerit, sed qualis sit.* Cum Surdo, Catanate, Perez de Lara, Fontanel. *decis.*37.*n.*18.

(12)
*Leg.*1. *Cod. de Sacros. Eccles. leg.* 16. *ff. de condit. & demonstr.* ibi: *In his, quæ extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono, & æquo interpretationem capere. Ea vero quæ ex ipso testamento orerentur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri.* D. Crespi *observ.*91. *n.*81. Castill. *lib.*4.*controv. cap.*1.*per tot.*

(13)
*Dict. leg.*1.*Cod. de Sacrosanct. Eccles. Et ex leg. Nec enim, §. Deportati, ff. de testam. Milit.* Escaño *de testam. cap.*1.*num.*11.

mes,y que en virtud de ella pudo èste diſponer à ſu voluntad de todos los bienes de aquel;y por conſiguiente quedò revocado el primer teſtamento, en que ſubſtituìa à los dichos Dotor Pedro Juan, y Franciſco Comes, y el legado de mil libras que mandava à Eſperanza Comes, por ſer regla (en nueſtro caſo ſin limitacion) que el ſegundo teſtamento legitimamente autorizado, deroga ipſo jure al primero; (14) ſin poderſe eſtrañar, que Franciſco Comes de Pedro Juan, no teniendo hijos, ni deſcendientes nombraſſe por heredero à Don Franciſco,ſiendo ſu primo hermano, y el amparo de todos, eſpecialmente en el tiempo que eſtavan enfermos, aſsiſtiẽdoles à coſta de mucho afan, y de efectos propios, como reſulta de los autos.

9 Lo que procede,aunq̃ en el ſegundo teſtamẽto ayan intervenido ſugeſtiones,y blãdicias (15), (como ſe ſupone en nueſtro caſo) porque à qualquiera es licito ſolicitar ſu conveniencia de eſte modo (aunque reſulte daño à tercero) como no ſe juſtifique fraude, y dolo (16), ò ſugeſtiones violentas que le inducen (17).

10 Y aunque temerariamente han pretendido los Actores juſtificar las de eſta eſpecie, no lo han logrado, como ſe ha convencido en la primera parte. Y jamàs ſe puede preſumir, que Don Franciſco ſolicitaſſe con ſugeſtiones violentas la herencia de ſu primo, porque ſiendo un Eſcrivano de tanta legalidad, inteligencia, y honradura, como lo acreditaron las confianzas de los mayores Gefes, que deſempeñò ſu buena conduta, ſabìa

muy,

(14) *Leg. Sancimus 27. Cod.de teſtam. §. 1.inſtitut.quib.mod.teſtam. infirm.cum vulgat.*

(15) *Leg.final.Cod.Si quis aliq.teſtari probib. leg.fin.ff. eod.* D.Caſtill. *lib.4. controv. cap.22. n.107. & ſeqq.*Eſcaño *de teſtam.cap.20.& 21.num.117.*

(16) *DD. Leg.fin. C.& ff.* D. Caſtill. ubi proxime *n.* 108. ex Surdo *conſil.*373.& aliis, Peregrin. *de jure Fiſci tit.6.lib.2.n.11.*

(17) *Leg.1.verſ.Perſuadere, ff.de ſervo corrupto, leg.Eum qui 5. Cod. de Apoſtat. leg. 1. Cod. de petit. bonor.ſublat.* Eſcaño *plenè dict. tract.cap.21.n.19.cum ſeqq.*

muy bien la libertad con que se deve dejar à los Testadores, para que dispongan à su arbitrio, y que era grave delito forzarles, no ignorando, ò pudiendolo saber, que amàs de ser nulas semejantes disposiciones, pierde la herencia el que por tan ilicitos medios la adquiere (18), deviendola restituìr con el duplo à quien el Testador la queria dejar (19).

11 Y con mayorìa de razon se persuade que Don Francisco no usaria de tan mal vistos procedimientos para obtener la herencia de Francisco Comes de Pedro Juan, no siendo menesteroso, sino abundante, y esplendido, cuya circunstancia excluye la codicia, fomento de las sugestiones (20), y es assi, que aviendo autorizado el mesmo D. Francisco el primer testamento de Francisco Comes de Pedro Juan el año 1709. en que instituìa heredero à Miguel Comes, y substituìa à los Actores, sin averse opuesto entonces à esta disposicion porque el Testador explicò su voluntad, no es creìble, le violentasse en el segundo testamento, si perseverara en su primera disposicion, porque no se podrà dar mas razon para dexarlo de hacer en uno, que en otro caso: y quien una vez ha sido bueno, y honrado, siempre se cree serlo (21). Fuera de que las sugestiones dolosas, y fraudulentas no se presumen si concluyentemente no se pruevan, como no se han probado, ni se inducen por la revocacion del primer testamento (22).

12 Ni cabe, que si Don Francisco huviera prometido à Francisco Comes de Pedro Juan, ò èste le huviera gravado en restituìr des-

(18) *Leg.1. & 2. ff. si quis aliq. testar. probib. leg. In scriptis, ff. de his, quæ ut indig.* Peregrin. *de jure Fisci lib.2. tit.6. per tot.* Escaño *de testam. d.cap.21. à num.112. cum plurib.*

(19) *Gloss. in dict. leg.1. in princ. verb. Fisco, ff. Si quis aliquem testar. probib.* Escaño *ubi prox. n.113.*

(20) *Ex cap. final. de rescript. in 6.* Escaño *dict. cap.21. n.110.*

(21) *Leg.5. tit.15. part.1. cap.16. extr. de præsumpt.* ubi Gloss. *litt. L. ex leg.6. Cod. qui Militare possunt.* Barbos. *in collect. ad dict. cap. de præsumpt. n.3.*

(22) Castillo plenè *dict. cap.22. num. 107. & sub n.117.* cum Surdo *consil.373. Nec in dubio ex eo quod primum mutatur testamentum præsumit dolum*

despues de sus dias la herencia à dichos sobrinos, se dexasse de explicar en el testaméto, no aviendose justificado motivo oculto que lo impidiesse, ni pudiendose considerar que lo repugnasse Don Francisco, ni el Testador, siendo conforme à lo que entrambos se supone querrian, y por consiguiente facil de expressar en el testamento; y en quanto le otorgò el Testador puramente sin la substitucion, ò fideicomisso presumpto ex adverso, como la escritura lo manifiesta, y el Escrivano lo depone, es constante que no lo quiso (23).

(23) *Leg.unic.§.Ubi autem* 11. *Cod.de caduc.tollend. Nam si testator cōtrarium voluisset nulla erat difficultas illud exprimere.* Rota coram Merlin.*decis.*258.*num.*7. Fontanel. *decis.*98.*num.*4.

13 Al tiempo de morir Don Francisco Comes, y despues de aver recibido el SS. Viatico, expressò varias veces, que quantos bienes posseìa eran de libre disposicion, y les podia hechar à la calle, como lo deponen muchos testigos (24), y entre ellos el Dr. Don Salvador Martin Lop, Abogado de singulares prendas, que le asistiò para ordenar su testamento: y siendo presumpcion legal, que en trance tan terrible ninguno se olvida de su eterna salvacion (25), devemos confessar, que si Don Francisco Comes estuviera obligado à restituìr la herencia que pretenden sus sobrinos, lo huviera declarado al tiempo de morir, y no expressado lo contrario, disponiendo con tanto acuerdo su ultima voluntad, como contesta el mesmo Dr. Don Salvador Lop.

(24) Sobre la 8. pregunta del interrogatorio, foj. 126.

(25) *Leg.ultim. Cod.ad legem Jul. repetit.* Faber. *in Cod.lib* 4.*tit.*15 *defin.*31. *n.*8. *cum vulgat.*

14 Reconociendo los Actores la fuerza de esta reflexion, prorrumpen ilucinados con una escandalosa, denigrativa, temeraria proposicion, pues al fol.230. B. de su alegato dicen: *Que Don Francisco, no era mucho omitiesse*

ma-

manifestar en su testamento la obligacion que tenia de restituir dicha herencia, quando lo avia callado en la confession Sacramental que hizo para morir; y esto es afirmar, que se condenò: porque, *non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum* (26): Y si la memoria del hombre no puede estàr mas desinfamada q̃ asseguràdole sacrilego, y en el abismo (27), dexase à la cõprehension de la Real Sala, la enormissima, y detestable injuria con que los Actores hieren la buena opinion, y fama de su tio gran bienhechor, dandole con sus dicterios mas cruel muerte, que si le quitassen la vida (28), al passo que le devian reverenciar, y honrar mucho, por los singulares beneficios que de su mano recibieron (29), y que sinembargo de averles subministrado tantos alimentos por suma piedad, pudiera repetirles por tanta ingratitud (30). Y assi no se estrañarà la quexa en estas partes, quando no solo por muger, por sobrino, y herederos de D. Francisco, sino por igualmente beneficiados (31) deven manifestar su justo sentimiento contra unos procedimientos dignos de correspondiente castigo; y contra una demanda por tantas consideraciones calumniosa, y temeraria; para que los Señores que lo han de ver, se sirvan mandar (si lo estimaren conveniente, como no se duda) se tilden, y barren las clausulas afrentosas, y denigrativas, como esta parte lo tiene suplicado.

(26) *Cap.3.de reg.jur.in 6.* ex D. Augustino *in cap.1. cau. 14. quæst. 6.* Barbos. *iu collect.ad ea.*

(27) *In princip.tit.13.part.1 Legum. partitar.* Hugo Celso *en su recopilacion, vers.Muerte.*

(28) *Leg. 13. tit. 18. part. 2.* Hugo Celso, ubi proxime, *vers.3.* ibi: *La mala fama es peor que la muerte.*

(29) *Leg.35.tit:12. partida 5.* Celso *in dict.recopilat. verb.Alimentos, vers.20.*

(30) D.Hugo Celso *dict.recopil verb. Ingratos, versic.La donacion.*

(31) *Leg.13.tit.7.part.6. l. 12.tit.15. part.7.* Celso *in recop.verb.Injuria, vers.15. leg.Hæredem.ff.de his quib.ut indig.* & cum plurib. Anton.Gomez *var.tom.3.cap.3. n.53.*

15 Cierrasse el discurso, haciendo la ultima evidencia del ningun derecho, y accion en los Actores, para el fideicomisso que pretenden: acompañados de Antonia Gomis su madre, y todos como herederos, y avientes

Demãda antes deste pleyto, puesta por los mesmos Actores contra dicho Thomas Comes, como heredero de Francisco Comes de Pedro Juan.

causa de Miguel Comes su padre, en el dia 11. de Setiembre 1731. antes de suscitar el presente litigio, pusieron otra demanda por 916.lib. contra esta parte, pretendiendo se las pague como heredero de Francisco Comes de Pedro Juan, por medio del referido Don Francisco Comes, para cuya justificacion, y legitimar la obligacion de satisfacerla en esta parte, presentaron los testamentos de dichos Francisco Comes de Pedro Juan, y D.Francisco; y aunq̃ lo executaron en aquella demanda, protestando no aprobarles sino en lo favorable, por esto mesmo expressamente les aprueban en quãto à la institucion de heredero, que es de que se valen para recõvenir à esta parte à que pague dichas 916. lib. por serlo del expressado Francisco Comes de Pedro Juan: cuya demanda actualmente pende, y se està siguiendo en la misma Real Sala, y Escrivanìa de Camara en estado de publicacion de probanzas, sin averse en ella reservado la accion; y derecho que suponen para la presente, ni en èsta, apartandose de la otra, siendo ex diametro opuesta, y exclusiva, la una demanda de la otra: pues no cabe, pretender que son herederos de Francisco Comes de Pedro Juan, y que al mismo tiempo reconvengan à esta parte les pague como à heredero absoluto del mismo las referidas 916.lib. Y si pidiendo estas aprobaron pura, y expressamente la disposicion hereditaria hecha por Francisco Comes de Pedro Juan en favor de Don Francisco, aviendo presentado el testamento (32) sin protesta especial, para impugnar despues la mesma institucion de heredero de que se valìa, (que

(32) Innocent. *in cap.Cum venerabili, de except.* D.Crespi *observat.* 23.*n.*58. Carleval. *de judic. lib.* 1. *tit.*2. *disput.*3. *sub.n.*3. Cancer. *var.part.*1. *cap.*19. *n.*3. Pareja *de instrument. edit. tit.* 7. *resol.*3.

(que fuera bien irrifible) es conftante, que los Actores con el hecho de poner la demanda contra efta parte, como heredero del dicho Francifco Comes de Pedro Juan por las 916. lib. renunciàran à la accion, y derecho que pudieran tener para el prefente litigio: fin ferles licito apartarfe de aquella por el derecho que tiene adquirido efta parte, mediante la expreffa aprobacion de la otra, y conteftacion de la demanda (33).

En cuyos terminos efpera fe declararà à fu favor, fugetandofe en todo à la gravifsima cenfura de los Señores que lo han de ver. Valencia, y 26. de Abril de 1735.

D.or Joseph Gisbert y Sanchez

(33) Carleval. plenè *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *difput.* 14. *n.* 6. *ex leg. Ubi acceptum* 31. *ff. de judiciis*, *Autent. qui femel*, C. *quomod. & quando Judex.*